

SUATU TINJAUAN TERHADAP KEKUATAN EKSEKUTORIAL DALAM PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE¹

Oleh: Sheila Pricilia Surbakti²

Hendrik Pondaag³

Kathleen C. Pontoh⁴

ABSTRAK

Tujuan dilakukannya penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana batas-batas kewenangan dan kebebasan para pihak untuk memilih dan menentukan hukum material yang akan dijadikan dasar pemeriksaan dan putusan arbiter dan bagaimana Kekuatan Eksekutorial dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional di mana dengan metode penelitian hukum normatif disimpulkan: 1. Dalam menentukan hukum material (*substantive law*) yang akan menjadi dasar pemeriksaan dan putusan arbiter/majelis arbitrase, para pihak memiliki kebebasan yang luas dan tanpa pembatasan oleh peraturan. Walaupun demikian, apa yang dinamakan pilihan hukum secara diam-diam, pilihan hukum anggapan atau pilihan hukum hipotetis, pada hakekatnya bukan merupakan pilihan hukum. 2. Pokok-pokok pengertian dari pertimbangan dan putusan berdasarkan *ex aequo et bono* (istilah dalam sistem *civil law*), *amiable compositeur/amicables compounders* (istilah dalam sistem *common law*), atau keadilan dan kepatutan (istilah dalam UU No.30 Tahun 1999), yaitu: a. Pertimbangan dan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan tidak didasarkan pada aturan-aturan hukum yang ketat/kaku, malahan dapat menyampingkan aturan-aturan hukum yang ketat/kaku itu; b. Keadilan dan kepatutan adalah sama dengan keadilan alamiah (*natural equity*), yaitu keadilan, martabat, atau moralitas dalam hubungan bisnis, atau perasaan naluri manusia tentang kebenaran dan permainan yang jujur (*fair play*); c. Pedoman untuk keadilan dan kepatutan hanya berupa asas-asas yang bersifat umum seperti: *equity* tidak akan membiarkan adanya suatu

kesalahan tanpa memberikan suatu ganjaran, barangsiapa datang meminta bantuan *equity* harus datang dengan tangan yang bersih.

Kata kunci: arbitrase; kekuatan eksekutorial;

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Peranan Badan Arbitrase di dalam penyelesaian sengketa bisnis di bidang Perdagangan dewasa ini menjadi sangat penting, banyak kontrak menyelipkan klausula arbitrase dan ternyata bagi kalangan bisnis cara penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase ini memberi keuntungan sendiri dari pada melalui Badan Peradilan nasional ataupun Peradilan Konvensional. Pemilihan Badan Arbitrase ini sebagai salah satu acara penyelesaian sengketa bisnis disebabkan di dalam pemeriksaan perkara akan terjamin kerahasiaan sengketa para pihak, waktu yang relatif cepat. Dalam prakteknya, tidak semua para pihak dapat menerima putusan arbitrase, apalagi pihak yang merasa dikalahkan oleh putusan arbitrase itu, sehingga timbul persoalan apa upaya hukum yang harus dilakukan oleh pihak yang hendak melaksanakan bunyi putusan arbitrase itu, tentunya satu-satunya jalan adalah dengan mengajukan Permohonan Eksekusi terhadap Putusan Arbiter.

B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana batas-batas kewenangan dan kebebasan para pihak untuk memilih dan menentukan hukum material yang akan dijadikan dasar pemeriksaan dan putusan arbiter?
2. Bagaimana Kekuatan Eksekutorial dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional ?

C. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah metode penelitian hukum normative.

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Kesepakatan para pihak sebagai alternatif terhadap putusan berdasarkan hukum.

1. Pilihan Hukum Material

¹ Artikel Skripsi

² Mahasiswa pada Fakultas Hukum Unsrat, NIM : 15071101548

³ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

⁴ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

Pilihan hukum (*choice of law*), menurut Black adalah : “*the question presented in determining what law should govern*”, yaitu: pertanyaan yang diajukan dalam menentukan hukum apakah yang akan mengatur.⁵

Pilihan hukum merupakan salah satu pokok pembahasan penting dalam arbitrase. Dalam proses berarbitrase, soal memilih telah dimulai sejak para pihak membuat suatu perjanjian, yaitu mereka dapat memilih apakah penyelesaian sengketa akan dilakukan melalui pengadilan ataupun akan dilakukan melalui arbitrase. Apabila mereka memilih untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase, mereka dapat memasukkan klausula arbitrase (*arbitration clause*) ke dalam perjanjian itu.

Dalam merumuskan klausula arbitrase juga ada beragam pilihan. Para pihak menghadapi pilihan terhadap ketentuan-ketentuan arbitrase yang manakah mereka akan tunduk. Ada beberapa pusat arbitrase internasional yang memiliki ketentuan-ketentuan arbitrase yang menyeluruh. Juga banyak badan arbitrase yang telah memberikan contoh klausula arbitrase yang dapat dipilih oleh para pihak.

Beberapa contoh dari klausula arbitrase (Abdurrasyid, 2002: 70-72), yaitu:

- a. **Korea.** Rumusan klausula arbitrase menurut badan arbitrase Korea, yaitu “*All disputes, controversies, or differences which may arise between the parties, out of or in relation to or in connection with this contract, or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Association and under the Laws of Korea. The award rendered by the arbitrator(s) shall be final and binding upon both parties concerned.*”⁶
Menurut klausula arbitrase ini, semua perselisihan, kontroversi atau perbedaan yang mungkin terjadi antara para pihak, tentang atau berkaitan dengan perjanjian ini, atau pelanggaran, akhirnya akan diselesaikan oleh arbitrase di Seoul, Korea

menurut *the Commercial Arbitration Rules* dari Asosiasi Arbitrase Komersial Korea dan berdasarkan hukum Korea. Putusan yang dibuat oleh arbiter (-arbiter) tersebut bersifat final dan mengikat kedua belah pihak.

- b. **Singapore.** Klausula arbitrase menurut aturan dari pusat/badan arbitrase Singapore (*the Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Centre*), yaitu “*Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be rendered to and finally resolved arbitration in Singapore in accordance with the Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Rules”) for the time being in force which rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.*”⁷
Menurut klausula arbitrase SIAC Rules ini, setiap perselisihan yang timbul dari atau berkenaan dengan perjanjian ini, termasuk setiap pertanyaan berkenaan dengan keberadaan, keabsahan dan pengakhirannya, akan diberikan dan diputuskan secara final oleh arbitrase di Singapore menurut *the Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Centre (“SIAC Rules”)* yang berlaku saat itu dan yang aturan-aturannya dipandang sebagai dirujuk oleh klausula ini.
- c. **Netherlands.** Rumusan klausula arbitrase menurut badan arbitrase Netherlands (*the Rules of the Netherlands Arbitration Institute*), yaitu, “*All dispute arising in connection with the present contract or further contracts resulting thereof, shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules of the Netherlands Arbitration Institute (Nederlands Arbitrage Instituut).*”⁸
Menurut klausula arbitrase ini, semua perselisihan yang timbul sehubungan dengan perjanjian ini dan perjanjian-perjanjian lebih lanjut berdasarkan perjanjian ini, akan secara final diselesaikan oleh arbitrase menurut ketentuan-

⁵ Black, *Op-cit*, hal. 219.

⁶ Abdurrasyid, H.P. *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa*. PT Fikahati Aneska. Jakarta. 2002. hal. 70.

⁷ *Ibid*, hal. 71

⁸ *Ibid*.

ketentuan dalam *the Rules of the Netherlands Arbitration Institute (Nederlands Arbitrage Instituut)*.

a. **Badan Arbitrase Nasional Indonesia.** Klausula arbitrase menurut Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) (Abdurasyid, 2002: 72), yaitu: semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini, akan diselesaikan dan diputus oleh Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) menurut peraturan-peraturan prosedur arbitrase BANI, yang keputusannya mengikat kedua belah pihak yang bersengketa, sebagai keputusan dalam tingkat pertama dan terakhir.

b. **International Chamber of Commerce.** *International Chamber of Commerce* (ICC) merupakan pusat arbitrase yang berkedudukan di Paris, Perancis. ICC memiliki *Rules of Conciliation and Arbitration of the ICC*.

Klausula arbitrase menurut ICC (Abdurasyid, 2002: 71), yaitu: “*All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules*”.

Menurut klausula arbitrase ini, semua perselisihan yang timbul sehubungan dengan perjanjian ini dan perjanjian-perjanjian lebih lanjut berdasarkan perjanjian ini, akan secara final diselesaikan oleh arbitrase menurut *the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce* oleh satu atau lebih arbiter yang ditunjuk sesuai dengan *Rules* tersebut.

c. **United Nations Commission on the International Trade Law.** Klausula arbitrase menurut UNCITRAL (Abdurasyid, 2002: 71-72), yaitu: “*Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force.*

The appointing authority shall be the ICC acting in accordance with the rules adopted by the ICC for this purpose.”

Menurut klausula arbitrase ini, tiap perselisihan, kontroversi atau tuntutan yang timbul dari atau berkenaan dengan perjanjian ini, atau pelanggaran, pengakhiran atau ketidak absahannya, akan diputus oleh arbitrase menurut UNCITRAL *Arbitration Rules* yang berlaku saat itu. Badan yang ditunjuk adalah ICC menurut ketentuan-ketentuan yang diterima oleh ICC untuk maksud ini.

Pilihan berikutnya yang dapat dan perlu dilakukan oleh para pihak yang menghendaki penyelesaian perselisihan mereka melalui arbitrase, yaitu pilihan hukum (*choice of law*), khususnya hukum material (*substantive law*) yang akan menjadi dasar pemeriksaan dan putusan arbiter/majelis arbitrase.

Menurut ketentuan Pasal 13 ayat (3), para pihak bebas menentukan hukum yang akan diterapkan oleh arbiter untuk menyelesaikan perselisihan, dan dalam hal para pihak tidak menentukan hukum yang akan diterapkan, maka arbiter harus menerapkan hukum yang ditentukan sebagai *proper law* oleh peraturan perselisihan yang dipandang oleh arbiter tersebut sebagai tepat. Menurut Pasal 13 ayat (4), arbiter dianggap memiliki kekuasaan *amiable compositeur* jika para pihak sepakat memberikannya kekuasaan itu; selanjutnya, menurut Pasal 13 ayat (5), dalam semua kasus, arbiter harus mempertimbangkan ketentuan-ketentuan kontrak dan kebiasaan-kebiasaan perdagangan yang relevan.

Uraian yang lebih rinci diberikan kemudian oleh Gautama: bahwa pertama-tama hukum yang dikehendaki oleh para pihak yang akan dipakai. Jadi pilihan hukum para pihak dihormati. Apabila para pihak tidak memilih hukum yang akan berlaku, maka arbiter yang harus menentukan hukum yang berlaku itu. Jika tempat berlangsungnya arbitrase dipilih oleh arbiter, pilihan ini tidak mempunyai akibat terhadap penentuan hukum yang berlaku.⁹ Tetapi jika tempat berlangsungnya

⁹ Gautama, S. *Kontrak Dagang Internasional*. Alumni. Bandung. 1976. hal. 203-204

arbitrase telah dipilih oleh para pihak sendiri dalam perjanjian mereka, maka pilihan tempat arbitrase ini dianggap mencakup pula (*imply*) bahwa hukum negara yang bersangkutan juga dipakai untuk arbitrase tersebut.

Dengan demikian, menurut aturan ICC, yang diutamakan adalah hukum yang ditentukan oleh para pihak itu sendiri dalam klausula arbitrase. Arbiter/majelis arbitrase harus memeriksa dan memutus berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum tersebut.

Sepanjang dan hanya apabila para pihak tidak menentukan hukum yang akan diterapkan, maka arbiter harus menerapkan hukum yang ditentukan sebagai *proper law* oleh peraturan perselisihan yang dipandang oleh arbiter tersebut sebagai tepat.

Apa yang dimaksudkan dengan *the proper law* oleh aturan perselisihan (*rule of conflict*) dalam peraturan arbitrase ICC? Ini tidak lain daripada ketentuan dalam hukum perselisihan (*conflict of laws*) mengenai hukum apa yang akan diterapkan untuk suatu kasus dalam hal di dalam kasus itu tersangkut beberapa sistem hukum yang memiliki kemungkinan untuk diterapkan.

Sebagai upaya melepaskan diri dari pusat-pusat arbitrase yang sudah ada sebelumnya, yaitu ICC di Eropa dan *American Arbitration Association* di Amerika Serikat, serta memiliki pusat-pusat arbitrase yang memperhatikan kepentingan-kepentingan negara berkembang di Asia dan Afrika, maka dalam sidang *Asia-Africa Legal Consultative Committee* (AALCC) di Baghdad, Irak, 1977, diterima sebagai langkah pertama mendirikan 2 (dua) pusat arbitrase, yaitu satu di wilayah Asia dan satu lagi di wilayah Afrika. Untuk melaksanakan kesepakatan ini maka kemudian telah didirikan pusat arbitrase di Kualumpur, Malaysia, dan pusat arbitrase di Kairo, Mesir.

Dalam sidang AALCC di Seoul, Korea Selatan, 1979, diterima baik bahwa kaidah-kaidah arbitrase dari *UNCITRAL Arbitration Rules* yang harus diberlakukan, walaupun ada yang menghendaki dilakukannya modifikasi tertentu sebab *UNCITRAL Arbitration Rules* ditujukan untuk arbitrase secara *ad hoc* dan bukan arbitrase secara institusional (Gautama, 1986: 68).

UNCITRAL Arbitration Rules merupakan peraturan arbitrase yang ditujukan untuk arbitrase *ad hoc*. *UNCITRAL* sendiri tidak memiliki suatu badan arbitrase.

B. Kekuatan eksekutorial dalam pelaksanaan putusan arbitrase internasional

Pada Pasal 56 ayat (1) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 ditentukan bahwa arbiter atau majelis arbitrase mengambil putusan berdasarkan ketentuan hukum, atau berdasarkan keadilan dan kepatutan. Dalam bagian penjelasan pasal diberikan keterangan bahwa pada dasarnya para pihak dapat mengadakan perjanjian untuk menentukan bahwa arbiter dalam memutus perkara wajib berdasarkan ketentuan hukum atau sesuai dengan rasa keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*). Dalam hal arbiter diberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Akan tetapi dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*) harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi oleh arbiter. Dalam hal arbiter tidak diberi kewenangan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka arbiter hanya dapat memberi putusan berdasarkan kaidah hukum materiil sebagaimana dilakukan oleh hakim.

Dari rumusan Pasal 56 ayat (1) dan penjelasan tersebut tampak bahwa dengan memperhatikan perjanjian yang dibuat oleh para pihak, ada dua macam dasar yang dapat digunakan oleh arbiter untuk putusannya, yaitu:

1. Berdasarkan ketentuan hukum; atau,
2. Sesuai dengan keadilan dan kepatutan.

Dalam hal perjanjian para pihak menentukan bahwa arbiter dalam memutus perkara wajib berdasarkan ketentuan hukum, maka arbiter hanya dapat memberi putusan berdasarkan kaidah hukum materiil sebagaimana dilakukan oleh hakim.

Dalam hal perjanjian para pihak memberi kebebasan kepada arbiter untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Akan tetapi dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*)

harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi oleh arbiter. Keterangan dalam penjelasan pasal ini menunjukkan bahwa dalam hal kepada arbiter diberi kebebasan memberi putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan, tetapi, dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*) tidak dapat dikesampingkan.

Berkenaan dengan putusan arbiter yang berdasarkan atau sesuai dengan keadilan dan kepatutan, dengan melihat rumusan “sesuai dengan rasa keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*)” maka petunjuk dalam bagian penjelasan pasal tersebut hanyalah bahwa pengertian “sesuai dengan keadilan dan kepatutan” adalah sama dengan *ex aequo et bono*.

Ungkapan *ex aequo et bono* juga dapat ditemukan dalam Pasal 33 ayat (2) UNCITRAL Arbitration Rules yang menentukan bahwa, “*The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration*”, yaitu: majelis arbitrase harus memutus berdasarkan *amiable compositeur* atau *ex aequo et bono* hanya jika para pihak secara tersurat memberikan wewenang kepada majelis arbitrase untuk berbuat demikian dan jika hukum yang diterapkan untuk tata cara arbitrase mengizinkan arbitrase seperti itu.

Pasal 33 ayat (2) UAR menunjuk pada istilah *ex aequo et bono* dan istilah lain yang memiliki maksud yang sama, yaitu *amiable compositeur*. Pertama-tama akan dibahas tentang istilah *ex aequo et bono* dilanjutkan dengan pembahasan tentang *amiable compositeur*.

Menurut penjelasan Pasal 33 ayat (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, dalam hal arbiter diberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Ini hanya menunjukkan bahwa arbiter *ex aequo et bono* tidak terikat pada peraturan perundang-undangan, malahan peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan.

Tetapi, masih menjadi pertanyaan apakah sebenarnya putusan *ex aequo et bono* itu sendiri? Apakah pertimbangan *ex aequo et bono* itu merupakan pertimbangan *ex aequo et bono* menurut pendapat pribadi dari arbiter semata-mata.

Berikut dikemukakan beberapa pendapat mengenai pengertian *ex aequo et bono*:

1. Menurut Black *ex aequo et bono* adalah “*A phrase derived from the civil law, meaning, in justice and fairness; according to what is just and good; according to equity and conscience*”¹⁰.

Kutipan merupakan terjemahan ke bahasa Inggris dari istilah *ex aequo et bono*, yaitu *aequo* dapat diterjemahkan sebagai *justice*, *just* atau *equity*, sedangkan *bono* dapat diterjemahkan sebagai *fairness*, *good* atau *conscience*. Selain itu menunjukkan asal usul istilah *ex aequo et bono* sebagai suatu istilah yang berasal dari sistem *civil law*, yaitu suatu sistem hukum yang di Indonesia lebih dikenal sebagai sistem hukum Kontinen Eropa.¹¹

2. Dari sumber Internet, yaitu *LeanLegal Dictionary* (2003), diperoleh keterangan bahwa, “*ex aequo et bono Latin for ‘in justice and fairness.’ Something to be decided ex aequo et bono is something that is to be decided by principles of what is fair and just. Most legal cases are decided on the strict rule of law. For example, a contract will normally be upheld and enforced by the legal system no matter how ‘unfair’ it may prove to be. But a case to be decided ex aequo et bono, overrides the strict rule of law and requires instead a decision based on what is fair and just given the circumstances*”, yaitu *ex aequo et bono* istilah Latin untuk ‘*in justice and fairness*.’ Sesuatu yang diputuskan *ex aequo et bono* adalah sesuatu yang diputuskan berdasarkan asas-asas tentang apa yang patut dan adil. Kebanyakan kasus hukum diputuskan berdasarkan aturan hukum yang ketat. Contohnya, suatu perjanjian pada umumnya akan dipertahankan dan dilaksanakan oleh sistem hukum dengan

¹⁰ Black, *Loc-Cit*, hal. 500

¹¹ *Ibid*.

tidak memperdulikan bagaimana “unfair” (tidak patutnya) perjanjian itu. Tetapi kasus yang diputus *ex aequo et bono*, menyampingkan aturan hukum yang ketat dan mengharuskan putusan didasarkan pada apa yang patut dan adil menurut keadaan.

Mengenai *amiables compositeurs*, oleh Black dikatakan “See *amicable compounders*” (lihat *amicable compounders*); sedangkan terhadap *amicable compounders* diberi keterangan, “In Louisiana law and practice, *amicable compounders* are arbitrators authorized to abate something of the strictness of the law in favor of natural equity”, yaitu: dalam hukum dan praktek Louisiana, *amicable compounders* adalah arbiter-arbiter yang diberi wewenang untuk menyampingkan sebagian keketatan hukum demi keadilan alamiah (*natural equity*).¹²

Black (1979: 484) memberi keterangan mengenai *equity* sebagai “Justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules of common law. It is based on a system of rules and principles which originated in England as an alternative to the harsh rules of common law and which were based on what was fair in a particular situation. One sought relief under this system in courts of equity rather than in courts of law. The term “equity” denotes the spirit and habit of fairness, justness, and right dealing which would regulate the intercourse of men with men”, yaitu: keadilan yang dilaksanakan menurut kepatutan yang bertentangan dengan rumusan-rumusan ketat aturan-aturan *common law*. *Equity* didasarkan pada suatu sistem kaidah-kaidah dan asas-asas yang bersumber dari Inggris sebagai alternatif terhadap kekakuan kaidah-kaidah *common law* dan didasarkan pada apa yang adil dalam suatu situasi tertentu. Orang dapat minta bantuan sistem ini dalam pengadilan *equity* daripada dalam pengadilan hukum. Istilah “equity” menunjuk pada semangat dan kebiasaan dari kepatutan, keadilan dan kebenaran berkenaan dengan pengaturan hubungan antara manusia dengan manusia.

Terhadap *natural equity* diberikan keterangan sebagai “A term sometimes employed in works on jurisprudence, possessing no very precise meaning, but used as equivalent to justice, honesty, or morality in business relations, or man’s innate sense of right dealing and fair play. Inasmuch as equity, as now administered, is a complex system of rules, doctrines, and precedents, and possesses, within the range of its own fixed principles, but little more elasticity than the law, the term ‘natural equity’ may be understood to denote, in a general way, that which strikes the ordinary conscience and sense of justice as being fair, right, and equitable, in advance of the question whether the technical jurisprudence of the chancery courts would so regard it”.¹³

Pengertian yang diberikan oleh Black terhadap istilah *natural equity*, yaitu sebagai suatu istilah yang sering digunakan dalam karya ilmu hukum, tidak memiliki definisi yang tepat, tetapi digunakan sebagai istilah lain untuk keadilan, martabat, atau moralitas dalam hubungan bisnis, atau perasaan naluri manusia tentang kebenaran dan permainan yang jujur (*fair play*). Sama halnya dengan *equity* yang sekarang dilaksanakan sebagai suatu sistem yang kompleks dari kaidah, doktrin dan putusan pengadilan serta memiliki asas-asasnya sendiri yang lebih elastis daripada hukum, maka ‘*natural equity*’ dapat dipahami, secara umum, sebagai menunjuk pada kesadaran dan perasaan umum tentang keadilan yang patut, benar dan bersifat adil, tanpa menghiraukan apakah pengadilan hukum yang menggunakan ilmu hukum teknis akan menghormatinya atau tidak.

Dari sumber internet, yaitu *LeanLegal Dictionary* (2003), diperoleh keterangan mengenai *equity* sebagai “Justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules of common law ... A whole set of equity law principles were developed based on “fairness” of equity such as “equity will not suffer a wrong to be without a remedy” or “he who comes to equity must come with clean hands,” yaitu: keadilan yang dilaksanakan menurut kepatutan yang

¹² *Ibid*, hal. 75

¹³ *Ibid*, hal. 484

bertentangan dengan rumusan-rumusan ketat aturan-aturan *common law*¹⁴ ... Keseluruhan asas-asas hukum equity dikembangkan berdasarkan “kepatutan” seperti “equity tidak akan membiarkan adanya suatu kesalahan tanpa memberikan suatu ganjaran” atau “barangsiapa datang meminta bantuan equity harus datang dengan tangan yang bersih”.

Berdasarkan kutipan-kutipan di atas dapat dikedepankan beberapa hal mengenai putusan berdasarkan *ex aequo et bono* (istilah dalam sistem *civil law*), *amiable compositeur/amicables compounders* (istilah dalam sistem *common law*), atau putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan dalam UU No.30 Tahun 1999, yaitu:

1. Pertimbangan dan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan tidak didasarkan pada aturan-aturan hukum yang ketat/kaku, malahan dapat menyampingkan aturan-aturan hukum yang ketat/kaku itu;
2. Keadilan dan kepatutan adalah sama dengan keadilan alamiah (*natural equity*), yaitu keadilan, martabat, atau moralitas dalam hubungan bisnis, atau perasaan naluri manusia tentang kebenaran dan permainan yang jujur (*fair play*).
3. Pedoman untuk keadilan dan kepatutan hanya berupa asas-asas yang bersifat umum seperti: equity tidak akan membiarkan adanya suatu kesalahan tanpa memberikan suatu ganjaran, barangsiapa datang meminta bantuan equity harus datang dengan tangan yang bersih.

Pertanyaan lain berkenaan dengan ini, yaitu apakah keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*) itu sama atau tidak sama dengan *Lex Mercatoria*?

Fuady menulis bahwa terjemahan secara harafiah terhadap *Lex Mercatoria* ke dalam bahasa Inggris adalah *The Law of Merchant* atau ke dalam bahasa Indonesia dapat kita sebut sebagai Hukum Para Pedagang. Istilah *Lex Mercatoria* sering disebut sebagai *The Law of International Trade Law*. Selanjutnya dikatakan oleh Fuady bahwa *Lex Mercatoria*

merupakan kaidah-kaidah hukum yang berhubungan dengan perdagangan yang tidak berasal dari salah satu negara para pihak dan juga tidak berasal dari negara pihak ketiga. Akan tetapi, *Lex Mercatoria* merupakan kaidah hukum kebiasaan yang biasanya dipraktekkan oleh para pedagang dalam praktek perdagangan internasional yang memang sudah lazim dipakai.¹⁵

Uraian Adolf mengemukakan mengenai *Lex Mercatoria* menunjukkan bahwa *ex aequo et bono* dalam hukum perdagangan merupakan istilah lain untuk *Lex Mercatoria*. Menurut Adolf praktek atau kebiasaan perdagangan ini telah ada dan berlaku di wilayah Mediteranian sejak 300 SM. Pada waktu itu sudah dikenal konsep hukum yang disebut dengan *Lex Rhodia*.¹⁶ Dalam perkembangannya kemudian tercatat konsep perdagangan berupa konsep equity atau *ex aequo et bono*.

Pendapat yang berbeda dikemukakan oleh Fuady (2000: 189), yaitu dengan tegas dikatakannya bahwa apa yang disebut asas *lex mercatoria* perlu dibedakan dengan *amiable composition* atau yang sering disebut dengan *ex aequo et bono*.

Tetapi, sekalipun dalam pandangan yang umum berlaku sekarang ini *Lex Mercatoria* tidak sama persis dengan pengertian keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*, *amiable compositeur/amicable compounders*), namun bagaimanapun juga *Lex Mercatoria* memiliki kedekatan yang amat erat dengan pengertian keadilan dan kepatutan tersebut.

Kedekatan yang amat erat tersebut dapat dilihat dari cakupan *Lex Mercatoria*, dengan merujuk pada pendapat Prof. Ole Lando guru besar pada *Copenhagen School of Economics and Business Administration*, unsur-unsurnya yaitu:¹⁷

1. Hukum Internasional Publik

Menurut Adolf mengemukakan bahwa: dimasukkan bidang hukum ini sebagai sumber hukum pedagang sebelumnya dikritik keras karena: (a) hukum internasional publik tidak menggambarkan pemahaman masyarakat pedagang internasional terhadapnya, malahan

¹⁴ *LeanLegal Dictionary*. 2003
<http://www.leanlegal.com/dictionary/e.asp..>

¹⁵ Faudy, *Loc-Cit*, 185-186.

¹⁶ Adolf, H.. *Arbitrase Komersial Internasional*. PT RajaGrafindo Persada. Jakarta. 2002 hal 65-67

¹⁷ *Ibid*.

pedagang tidak tahu menahu dengan bidang hukum ini; dan (b) bidang hukum ini umumnya mengatur hubungan antar negara saja, tidak mengatur transaksi-transaksi perdagangan antara pedagang atau perorangan.¹⁸

Tetapi, menurut hukum internasional publik pada taraf tertentu dapat diterapkan pada kontrak-kontrak antara pemerintah dan pihak swasta. Contohnya, kasus *Texaco vs Lybia Arbitration* (1997), yang di dalamnya majelis arbiter mengakui bahwa kontrak-kontrak antara negara dengan pihak swasta asing dapat diinternasionalkan (*internationalized*) dalam arti kontrak tersebut tunduk pada hukum internasional publik. Majelis arbitrase dalam kasus ini mengambil konsep *Lex Mercatoria*.¹⁹ Mereka menyatakan bahwa berdasarkan kondisi-kondisi tertentu, kontrak-kontrak antara negara dengan pihak swasta asing berada dalam ruang lingkup cabang khusus hukum internasional, yaitu hukum kontrak internasional (*the international law of contract*). Dalam kasus *Saudi Arabia vs Aramco* (1963), majelis arbitrase juga memutuskan untuk menerapkan hukum internasional terhadap kontrak.

Selanjutnya oleh Adolf mengatakan bahwa berdasarkan kasus-kasus itu sebenarnya bukanlah semata-mata hukum internasional publik yang menjadi sumber dari *Lex Mercatoria*, namun *Lex Mercatoria* bersama-sama dengan hukum internasional publik memanfaatkan prinsip-prinsip hukum umum atau klausul-klausul khusus yang biasa digunakan, misalnya kedua lembaga ini sama-sama memiliki konsep *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus* dan larangan *unjust enrichment*.²⁰

Ketentuan-ketentuan hukum internasional publik terutama hukum perjanjiannya dapat diterapkan pada kontrak-kontrak antara perusahaan negara dengan pihak swasta. Contoh dari ketentuan hukum internasional publik ini, misalnya beberapa ketentuan dari *the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, menggambarkan sistem hukum tertentu karena itu sesuai untuk kontrak-kontrak

dagang internasional. Contoh lain, *Convention on the Settlement of Investment Disputes*, 1965, yang memberikan cara-cara penyelesaian sengketa penanaman modal antara negara dengan warga negara asing.

2. Ketentuan-ketentuan Hukum yang Seragam

Menurut Fuady, sumber hukum yang lain lagi bagi *Lex Mercatoria* adalah ketentuan-ketentuan hukum yang seragam secara internasional, misalnya dengan menggunakan *The Uniform Law on Sales of Good*, 1964, yang nyatanya telah banyak diratifikasi oleh negara-negara di dunia.²¹

Ketentuan-ketentuan hukum dagang internasional yang seragam (*uniform*) merupakan ketentuan-ketentuan hukum yang dibuat dengan tujuan agar tercapai harmonisasi hukum di bidang tertentu. Ketentuan-ketentuan hukum yang seragam (*uniform*) ini telah memberikan sumbangan penting untuk terbentuknya *Lex Mercatoria*. Selain peraturan yang dikemukakan oleh Fuady (2000: 187) di atas, dapat pula disebutkan (Adolf, 2002:68):

- a) *The Convention on the Carriage of Good by Sea*, 1988;
- b) *the Convention on Contract for the International Sale of Goods*, 1980;
- c) *the Convention on the Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 1950;
- d) *the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air*, 1929, yang diubah pada tahun 1955.

3. Prinsip-prinsip Hukum Umum

Oleh Adolf mengatakan bahwa konsep prinsip-prinsip hukum umum sering digunakan dalam berbagai arti. Pertama, pengertian yang mengacu kepada prinsip-prinsip yang umumnya diakui oleh negara yang tertib hukumnya telah mencapai suatu taraf perkembangan tertentu. Kedua, pengertian yang mengacu kepada prinsip-prinsip yang berasal dari hubungan-hubungan hukum internasional. Ketiga, prinsip-prinsip hukum umum berarti prinsip-prinsip yang diakui dalam semua bentuk hubungan hukum, tanpa memperhatikan apakah itu hukum nasional,

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid*, hal. 56

²¹ Op-cit

hukum internasional, tertib hukum organisasi internasional atau sistem-sistem hukum lainnya. Pengertian keempat, konsep ini menunjuk pada prinsip-prinsip logika hukum yang menentukan konsekuensi-konsekuensi hukum yang berasal dari inter-relasi antara dua sistem hukum.²²

Menurut Adolf mengemukakan prinsip-prinsip hukum umum dalam rangka Lex Mercatoria adalah prinsip-prinsip hukum umum dalam pengertian yang ketiga. Contoh dari prinsip-prinsip hukum ini, yaitu asas *pacta sunt servanda*, yaitu suatu perjanjian yang sah mengikat para pihak, perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad/maksud baik (Bld: *te goeder trouw*), dan prinsip kebebasan berkontrak, yaitu kebebasan para pihak menentukan syarat-syarat terhadap kontrak yang mereka buat.²³

4. Ketentuan-ketentuan Hukum yang Dikeluarkan oleh Organisasi-organisasi Internasional

Menurut Adolf mengatakan bahwa misalnya saja badan dari Perserikatan Bangsa-bangsa yang mengurus soal perdagangan dan pembangunan, yaitu UNCTAD (*United Nations Commission on Trade and Development*). Badan ini telah melahirkan serangkaian resolusi, rekomendasi dan pengaturan lain yang berhubungan dengan kontrak-kontrak dagang. Meskipun ketentuan-ketentuan ini tidak bersifat mengikat tetapi seringkali ketentuan ini menggambarkan hukum yang akan diberlakukan bahkan kadang-kadang memberikan penyelesaian sengketa yang adil bila terjadi pertikaian di antara para pihak.²⁴

5. Kebiasaan-kebiasaan dalam Perdagangan Internasional

Menurut Adolf bahwa yang menjadi unsur penting dari Lex Mercatoria ini adalah kebiasaan-kebiasaan yang sudah terkodifikasi (*codified*). Contohnya, *the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*, yaitu ketentuan untuk hal-hal yang berkenaan dengan kredit berdokumen, dan klausula-klausula yang sifatnya memaksa yang

dikeluarkan oleh ICC (*International Chamber of Commerce*).²⁵

Demikian pula menurut Fuady bahwa salah satu sumber yang penting bagi Lex Mercatoria adalah kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional, yakni kebiasaan-kebiasaan yang sudah terkodifikasi. Misalnya, ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam *the Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*, yaitu ketentuan untuk hal-hal yang berkenaan dengan kredit berdokumen.²⁶

Baik menurut Adolf (2002: 71) maupun Fuady (2000: 1888), kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional adalah kebiasaan-kebiasaan yang sudah terkodifikasi. Ini merupakan pertimbangan yang bersifat obyektif, sebab jika tidak, yaitu yang diajukan adalah sesuatu yang belum terkodifikasi maka para orang dapat berbeda pendapat apakah hal itu sudah dapat digolongkan sebagai kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan internasional atau belum.

6. Bentuk-bentuk Kontrak Standar

Menurut Adolf (2002: 71-71) bentuk-bentuk kontrak standar ini dapat ditemui dalam bidang yang cukup luas: perdagangan internasional, pasar modal internasional, joint-venture internasional, perjanjian lisensi dan kontrak-kontrak kerjasama industri. Beberapa kontrak standar tidak terlepas dari peran organisasi-organisasi non-pemerintah, misalnya ICC (kamar dagang dan industri internasional). ICC telah mengeluarkan beberapa produk hukum, misalnya *the ICC Incoterms* dan *the ICC Uniform Rules on Letters of Credit*, yang memperoleh pengakuan luas dari masyarakat internasional. Beberapa kontrak standar yang banyak dipakai kalangan bisnis dalam kontrak-kontrak komersial internasional, misalnya *the General Conditions for the Supply of Plant and Machinery* yang dikeluarkan oleh Komisi Ekonomi Eropa di tahun 1953.

PENUTUP

A. Kesimpulan

²² Adolf, *Loc-Cit*, hal. 68-69.

²³ *Ibid*, hal. 68

²⁴ *Ibid*, hal. 71-72

²⁵ *Ibid*, hal. 71

²⁶ Fuady *Op-cit*, hal. 188.

1. Dalam menentukan hukum material (*substantive law*) yang akan menjadi dasar pemeriksaan dan putusan arbiter/majelis arbitrase, para pihak memiliki kebebasan yang luas dan tanpa pembatasan oleh peraturan. Walaupun demikian, apa yang dinamakan pilihan hukum secara diam-diam, pilihan hukum anggapan atau pilihan hukum hipotetis, pada hakekatnya bukan merupakan pilihan hukum.
2. Pokok-pokok pengertian dari pertimbangan dan putusan berdasarkan *ex aequo et bono* (istilah dalam sistem *civil law*), *amiable compositeur/amicables compounders* (istilah dalam sistem *common law*), atau keadilan dan kepatutan (istilah dalam UU No.30 Tahun 1999), yaitu:
 - a. Pertimbangan dan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan tidak didasarkan pada aturan-aturan hukum yang ketat/kaku, malahan dapat menyampingkan aturan-aturan hukum yang ketat/kaku itu;
 - b. Keadilan dan kepatutan adalah sama dengan keadilan alamiah (*natural equity*), yaitu keadilan, martabat, atau moralitas dalam hubungan bisnis, atau perasaan naluri manusia tentang kebenaran dan permainan yang jujur (*fair play*);
 - c. Pedoman untuk keadilan dan kepatutan hanya berupa asas-asas yang bersifat umum seperti: *equity* tidak akan membiarkan adanya suatu kesalahan tanpa memberikan suatu ganjaran, barangsiapa datang meminta bantuan *equity* harus datang dengan tangan yang bersih.

B. Saran

1. Agar para pihak tidak ragu-ragu memilih putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*, *amiable compositeur/amisables compounders*) diperlukan penegasan bahwa putusan tersebut merupakan pemeriksaan dan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*) dalam

hukum perdagangan internasional, yaitu *Lex Mercatoria*.

2. Pengakuan terhadap penyelesaian sengketa melalui arbitrase dan batas-batas campur tangan pengadilan terhadap suatu putusan arbitrase asing/internasional perlu ditempatkan dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman sebagai undang-undang yang mengatur kedudukan dan wewenang kekuasaan kehakiman di Indonesia sehingga secara psikologis akan lebih ditaati oleh para hakim pengadilan negeri.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Abdurrahman, A. 1991. *Ensiklopedia Ekonomi, Keuangan, Perdagangan*. Jakarta.
- Abdurasyid, H.P. 2002. *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa*. PT Fikahati Aneska. Jakarta.
- Adolf, H. 2002. *Arbitrase Komersial International*. PT RajaGrafindo Persada. Jakarta.
- Black, H.C. 1968. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, USA.
- . 1979. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, USA.
- Fuady, M. 1999. *Hukum Bisnis*. Buku Kedua. PT Citra Aditya Bakti. Bandung.
- . 2000. *Arbitrase Nasional. Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*. PT Citra Aditya Bakti. Bandung.
- Gautama, S. 1976. *Kontrak Dagang International*. Alumni. Bandung.
- . 1986. *Arbitrase Dagang Internasional*. Alumni. Bandung.
- . 1991. *Hukum Dagang & Arbitrase Internasional*. PT Citra Aditya Bakti. Bandung.
- . 1992. *Masalah-masalah Perdagangan, Perjanjian, Hukum Perdata Internasional dan Hak Milik Intelektual*. PT Citra Aditya Bakti. Bandung.
- . 1999. *Undang-undang Arbitrase Baru 1999*. PT Citra Aditya Bakti. Bandung.
- Grifis, S.H. 1984. *Law Dictionary*. Barron's Educational Series, Inc. New York, USA.
- Harahap, M.Y. 2001. *Arbitrase*. Sinar Grafika. Jakarta.

- Komisi Hukum Nasional*. 2003.
<http://www.komisihukum.go.id>.
- LeanLegal Dictionary*. 2003.
<http://www.leanlegal.com/dictionary/e.asp>.
- Manalu, P.R. 2000. *Hukum Dagang Internasional*. CV Novindo Pustaka Mandiri. Jakarta.
- Mueller, F. 1976. *Juristische Methodik*. Makalah.
- Rachmadi Usmani. 2012. *Mediasi di Pengadilan : Dalam Teori dan Praktik*. Jakarta. Penerbit : Sinar Grafika
- Taufik, A. dan A. Hidayat. 2002. "Courting Condemnation". *Tempo Magazine (Free)*. No. 52/II/September 02 - 09.